

「独立当事者参加の訴訟構造 ——三面訴訟説に対する二、三の疑問と その解決の試み（^{その修正}理論として）——」

榊 原 豊

一. 問 題 の 所 在

現行法の認める独立当事者参加（^{民訴法}71条）は、係属中の他人間の訴訟に参加人が独立の当事者として関与することを認めた制度で世界の立法に例をみないものとされている。この制度を二当事者対立を基本とする訴訟制度のなかで如何に位置づけるかという点について、周知のように、これを二当事者対立訴訟の枠内で捉える（共同訴訟説、主参加訴訟説、三個訴訟併合説等）か、三面的な紛争を認めこれに即した捉え方をする（三面訴訟説）かの対立がある。そして、後者の三面訴訟説を前者の諸説から識別するメルクマールは、三面訴訟説が三者間にそれぞれ対立関係があることを卒直に認め、これを訴訟上も一個の紛争とみて、それを一挙に矛盾なく一の訴訟で解決するのが民訴法71条の独立当事者参加の制度であると把握する点にある。

私も、従来の三面訴訟説が三面的対立関係ある場合にその事実を卒直に認めて独立当事者参加の適用ありとした点には異論ない。しかし、果たして、そのことをもって、三面的対立関係が三面訴訟説のメルクマールたり得るだろうか。¹⁾

1) つまり、三面的対立関係を一挙に矛盾なく一の訴訟で解決する制度として、独立当事者参加を把握することは、正しい捉え方であろうか。

三面的対立関係ある場合は、独立当事者参加が適用される一現象面に過ぎぬのではないか。むしろ、そのメルクマールは、独立当事者参加が設けられた制度目的から考えて、制度目的から導かれるこの制度に固有の紛争解決原理に求めるべきではないか。このように解して、はじめて本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合の独立当事者参加の適用をめぐって生じる種々の問題（この点については後述する。）も、正しい解決方法が得られるのではないかと考える。以上のような問題を検討してみようとするのが本稿の目的である。

二. 従来の三面訴訟説の考え方と その問題点の指摘

三面的対立関係が三面訴訟説のメルクマールたり得るかという疑問を提示した理由は、三面的対立関係のない場合にも独立当事者参加の適用が問題になるという事実根拠に根ざしている。これは、例えば、参加人の請求を本訴当事者の一方（例えば、本訴原告）が認めて争わない場合において、敗訴の一方当事者（例えば、参加人が敗訴して、勝訴した本訴被告のみを相手方として）が上訴すれば、もう一方の当事者（この例では、本訴原告）の上訴審における地位は何か（上訴人か、被上訴人か）ということになる。）という問題について生じる。（この本訴原告が上訴しない場合問題になる。）この点について、三面訴訟説の中でも、三当事者間に対抗牽制関係があることを理由に民訴法62条2項を準用して、他方の当事者（右の例でいえば、本訴原告）も被上訴人となると解する説（兼子条解民訴法187ページ²⁾）

- 2) もっとも、兼子説がかような場合までも被上訴人とされると断定するのに若干躊躇を感じる。というわけは、同書に引用されている大判昭15・12・24判決の事案は三者間に対立関係がある場合であり（大審院民事判例集19巻下2408ページ）、この事案としてのコメントと解される余地があるからである。しかし、三面的対立関係を三面訴訟説のメルクマールとしている以上、かような場合も被上訴人となると解せざるを得ないと考えて、右のように結論づけた。

(斎藤編・注解民訴法1413ページ。)

と、通常の独立当事者参加の場合（つまり、三者間に対立関係ある場合に独立当事者参加の適用が問題になる場合）には前説を妥当としつつ、かような場合にはこの両者の間に実質的な対抗関係はなく、しかも争わない本訴当事者が訴訟から脱退もしない形式的独立当事者参加においては、むしろこの両者間の実質的共同関係に注目して、その一方が上訴し（前掲の例はこれに当たる。）またはその一方に対して上訴があれば、他方も上訴人（前掲の例ではこれに当たる。）または被上訴人となると解する説（小室・民商45巻4号505ページ。斎藤編著・前掲書）がある。同ページも、この立場によっている。

結果の妥当性からいえば（設例の場合、前説のように被上訴人と解するのは妥当でない。）、後説が正しいし、このような場合まで強いて実質上の対抗牽制関係を擬制する必要もないと考えられる。（斎藤編著前掲・書同ページ。）しかし、後説を認めるとなると、三面的対立関係がない事実を卒直に認めつつ、独立当事者参加の適用を認めることになるわけで、その限りでは、三面的対立関係が三面訴訟説のメルクマールたり得なくなる。³⁾

- 3) つまり、その限りでは、三面訴訟説が三面的対立関係にある紛争を一の訴訟で矛盾なく解決する制度として独立当事者参加を捉えたことに破綻が生じる。この結果を回避しようとすれば、この場合、三面訴訟説に拠るものでないしなければならない。

そもそも、三面的対立関係を三面訴訟説のメルクマールとした根拠は何なのであろうか。

この点について、三つの理由が挙げられている。以下それらの理由が決定的な根拠となるかどうかを検討してみよう。

第一点として、社会的生活事実として紛争が三面的（又はひろく多面的）に生じることを訴訟に反映した点が挙げられている。（兼子・体系411ページ、三ヶ月・民訴法222・3ページ等三面訴訟説に拠る論者の殆んどがこ）の点を挙げている。）

しかし、そのいわゆる社会生活事実というものが何を意味するかが問題であるが、もし、裁判外の社会生活事実として三面的対立関係があって、

それがそのまま訴訟に持込まれるという現実があるので、その紛争に対応した訴訟構造が考案されたのだ、と理解出来るとすれば、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、独立当事者参加の適用を問題とせざるを得ない事実をどう説明したらよいのだろうか。(参加人の請求を本訴当事者の一方が認めて争わないという社会生活事実がそのまま訴訟に持込まれるということも充分考えられることである。)

第二点として、「もし共同訴訟人間にも、判決の効力が相互に及ぶ場合があるとすれば、この間にも利害が対立するから、相互に対立当事者として取扱われなければならないのが当然であろう。」(兼子・体系410・411ページ)とされる点である。

しかし、これは共同訴訟人間にも判決の効力が及ぶという結論から、利害が対立するという前提を引き出すもので、この両者が必ず結びつくものかどうかは疑問である。というのは、たとえこの場合法律的要求があったとしても(同書は法律的要求として説明されている。前掲書同ページ)、その法律的要求には現実的必要性が先行している筈で、無前提には法律的要求はない筈であり、これを具体的にいえば、この場合逆に利害が現実に対立しているからこそ、判決の効力を利害対立者間に及ぼして一挙に対立関係をなくす必要性があるのであって、話が逆だと思うからである。(そして、問題は、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合に、三者間で判決が合一に下される点をどう評価するか)であるが、この点は、第三点で問題にする。

第三点として、「第71条の参加にあっては……第75条の共同訴訟参加と異なり、在来の両当事者と対立関係に立つのである。……訴訟物の譲受人が参加した場合においても、譲渡人がなお第72条の規定により脱退せず訴訟に残留する限りは、両者間の承継関係の有無に関し判決される事となるのであって、実質上の利害関係は兎もあれ、訴訟上は共同訴訟人でなく対立当事者(其の間に判決せらるべき物体の存する意味で)たる事を失わないのである。」(兼子・判例411ページ)とされる点である。

しかし、この場合(いわゆる形式的独立当事者参加の場合に当たる。形の上では承継関係の有無に関し判決されることとなっても、両者の間に実質的には争いなきことを

認めるとなると、必ずしも、こういったことを理由にして、対立関係の根拠とすることが決定的といえるかどうか疑問である。何故なら、両者間に実質的には争いなきことを認めつつ、判決が三者間に下される理由をこれとは（つまり、両者の承継関係の有無に関し判決されることを理由とする点。）別に求めることが可能だと思われるからである。（この点の評価は、後に述べる）
（ことにする。23ページ参照。）

以上のような議論（特に第一点と第二点について）は、成程、三者間に現実の対立関係ある場合はよく理解出来る。しかし、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合には何故三面的対立関係を想定しなければならぬのか理解出来ないといわなければならない。（この点について、）
（注（7）以下参照。）

かくて、三面的対立関係は三面訴訟説のメルクマールとして決定的な根拠でないといえる⁴⁾

- 4) そのいわゆる三面訴訟説という場合、その内容が問題になるが、一応ここでは、その内容が通常いわれているそれとは別物であることに注意を喚起したい。その内容については後に述べる。（注（6）参照。）そして、もし、三面的対立関係がない事実を卒直に認めつつ、独立当事者参加の適用が認められるとすれば、三面的対立関係が現実にある場合も、独立当事者参加の適用がある一現象面に過ぎなくなる。

三. そ の 解 決 の 試 み

では、何をメルクマールに求めるべきであろうか。

独立当事者参加が設けられた制度目的から考えて、制度目的から導かれるこの制度に固有な紛争解決原理を求めるべきではないか。というのは、この問題が結局二当事者対立の構造を基本とする訴訟制度の中で独立当事者参加の制度を如何に特徴づけるかという問題に帰着するからで、制度を特徴づけるものは、その制度に固有な紛争解決原理を描いて他にないと考えるからである。⁵⁾

- 5) つまり、この制度は、二当事者対立を基本とする訴訟制度の中で用意されて

いる種々の紛争解決手段では紛争の有効適切な解決にはならぬところから二当事者対立訴訟という構造枠組みを外して、新しい紛争解決手段を創設したものであると考えられるから、この制度に固有な紛争解決原理は何かを問うことが、従来から訴訟構造論という形で提起されていた問題の問わんとしていた意味あいであるといえる。事実、従来の三面訴訟説が、独立当事者参加を三面的対立関係を一举に矛盾なく一の訴訟で解決する制度として捉えんとしたのも、その制度的特徴を捉えんとした点で、問題はあるにせよ、このような意図があったものと思われる。

では、この制度に固有な紛争解決原理とは何んであろうか。この問題を解くためには、独立当事者参加の制度目的が何んであるかを問う必要がある。この点について、次のように説明されている。

「第71条が創設された立法趣旨は、他人間訴訟の目的となっている権利または法律関係について、第三者が従来から認められている主参加訴訟(60条)の方法をとったのでは、本訴訟に当然には併合されないから真の参加ではなく、一種の共同訴訟の提起に過ぎず、したがって、この方法では判決の抵触のおそれを防止し訴訟経済をはかることは出来ないので、第三者をして直接に他人間の本訴訟に加入させて、第三者対他人間の紛争を、他人間の紛争と同時にいっしょに解決できる途を開き、あるいは第三者が直接に本訴の審判に干渉して他人間の訴訟の結果により権利を害せられることを防止するなど、第三者の法律上、事実上の地位の保護をめざしたものである。」(菊井編・演習講座民)と。
(訴訟法上125ページ。)

ここで問われなければならぬことは、第三者が主参加訴訟の方法をとったのでは、何故判決抵触のおそれがあり、訴訟経済を害するかという点である。それは、主参加訴訟の方法が二当事者対立訴訟の原理に支配されているところから当然には本訴訟に併合審理されないことによる。つまり、そこでは、既存の当事者間の訴訟と参加人が原被告双方を共同被告として提起した訴訟とは別個の訴訟と考える建前をとっているため、各々の訴訟がそれぞれの訴訟当事者によって提出された訴訟資料によって別個独立に解決されるからに他ならない。そこで、このような結果(つまり判決抵触のおそれや、訴訟経

済を害す)を避けるためには、従来のような訴訟枠組みを外して、各訴訟間(その単位は、二当事者対立訴)の訴訟資料を総合的に判断して、紛争を統一的に解決する以外に他に方法がない。(その限りで、さような紛争を訴訟上で解決する)も一つの紛争として捉え、一の訴訟で解決する)そのため係属中の他人間の訴訟に参加人が独立の当事者として関与することを認めたのが、独立当事者参加の制度であると解することが出来るのである。⁶⁾

- 6) ここに、本訴両当事者と参加人が、一の訴訟で、ともに独立の当事者として、関与させる必要性が存在する根拠がある。そして、この点を捉えて三面訴訟関係とし、三面訴訟説とするかどうかは、用語の問題といえるが、もしその名称を付けるとすれば、これが私のいう三面訴訟説の内容である。

この制度が認められる根拠は、社会生活事実としての三面的対立紛争にあるのではなく、次の二点にあると思う。

第一点は、本文に述べた判決抵触のおそれや訴訟経済を害することを避ける必要性があることであり、(これをいい換えれば相対的解決では片付かない紛争を存在し、これを一挙に解決する必要のあること。)第二点は、第三者を他人間の訴訟に関与させても彼等の権利を害する恐れはなく、逆に彼等の権利を守る制度的な保障がある(—具体的には、三者間に統一的な法律関係が生じるよう判決を下すことによって—)というこの制度を認める制度的な基礎があることがそれである。

後に述べるように、本訴当事者の一方と参加人の間に争いの有無を問わず判決を下す根拠は右の第二点にある。(注(15)参照。)

もし、そうだとすると、二当事者対立訴訟という枠組みを外して、各訴訟間の訴訟資料を総合的に判断して、紛争を一挙抜本的に解決するという点に、独立当事者参加に固有な紛争解決原理を求めることが出来ると思う。

四. その試みの実益について

それでは、このようにこの制度に固有な紛争解決原理に独立当事者参加のメルクマール(その意味は、他の紛争解決手段と)を求めることが出来ること

すれば、そのような理論構成にどのような実益があるのだろうか。それは、三者間それぞれに対立関係ある場合はもちろんのこと、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、ともにそれぞれの事実を認めながら、独立当事者参加の適用を認めることが出来る、ということである。そして、このことは、後者の場合に特に意味をもつといえる。というのは、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、前者の場合と同様の事実を認めながら独立当事者参加の適用を認めることが出来るので、その点を捉えて訴の利益の問題に正しい（そういった事実に即したことが出来ると）基礎づけを与えることが出来—理論上の実益—、その事実に適した紛争解決規律（その意義については）^{四. (2) 以下参照。}が得られると思われるからである—実際上の実益—。

そこで、従来の三面訴訟説の捉え方を検討しながら、順次これらの問題を考えてみたい。

(1). 訴 の 利 益 の 捉 え 方

— 理 論 上 の 実 益 —

従来の三面訴訟説に立てば、三者間にそれぞれ対立関係があることを前提とすることになるので、争わない本訴当事者との関係で参加人の訴の利益を基礎づけねばならぬことになる。しかし、そもそも、この場合、何んのために三面的対立関係を想定するのだろうか。この両者に争いが無いのだから、対立関係を想定する実質的理由はないのでないか。⁷⁾

7) 実質的理由が無いのに対立関係を想定するのは、この両者に争いがなくても何故独立当事者参加の適用が必要なのかを十分に検討することなく、いわば無前提—考えられるとすれば、後に述べるように三面的対立関係を三面訴訟説のメルクマールとしたことによるもの—にその適用を認めたことによるのではないかと思う。

もし、そうだとすると、両者の間に争いある場合と同じ意味で、訴をもって解決するだけのいわゆる訴の利益はないことに注意しなければならない。にもかかわらず、その間に訴の利益を基礎づけようとするのは、余り

に三面的対立関係に囚われているのではないか。以下、訴の利益に焦点を合わせつつこれらの点を検討したいと思う。

ところで、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合といっても、民訴法71条前段と後段、及び、71条の形式によって行なわれる73条の参加承継が考えられるから、場合を分けて考えてみなければならない。

民訴法71条前段の場合であるが、参加人は詐害訴訟を理由に参加するもので、たとえ、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わなくても、それはこの訴訟の性質上表面的なものであり、参加人は常に原被告双方の訴訟追行を牽制する必要があるといえるから、この場合は、その点に訴の利益を基礎づけられるから問題はない。(山木戸・民訴講座1巻291ページ。中野・民商法33巻5号766ページ。)

問題は、民訴法71条後段の場合と民訴法73条(71条の形式によって行なわれるもので、訴訟脱退がない場合で)の場合である。(鈴木助教授も、民訴法73条の場合と民訴法71条後段の場合がある。)合に参加人と当事者の一方との間に実際に紛争のないことがきわめて多いとされている。(ジュリスト年鑑68年版400ページ。)

即ち、参加人が当該訴訟物の権利者たることを主張して、係属中の他人間の訴訟に関与したところ、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わなかったり(民訴法71条後段)、参加人が訴訟係属中訴訟物を譲り受けたことを主張して他人間の訴訟に関与したところ、譲り渡し人たる本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わなかったり(民訴法73条)した場合、果たして、参加人が争わない本訴当事者に対してどんな訴の利益があるかが問題になる。

そこで、この点について、従来どのように説明されてきたかを検討してみよう。

前者の場合について、以下のように種々の説明がある。

(a)、「在来の訴訟が存在しその両当事者と参加人との間で紛争を一律に解決する必要のあること自体によって訴の利益が認められる……」(山木戸前掲書292ページ。その他、三面訴訟説に立つ)学説の多くは、この説明によっている。

しかし、これは問題ではないか。というのは、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わなくても、在来の訴訟が存在すると、何故本訴両当事者と参加人との間で一律に解決する必要があるのかについて説明がない点が、先ず第一に問題だし、仮に、その点を別にしても（しかし、本来な検討すべき問題である）、その必要性とは、独立当事者参加の制度を利用する必要性であって、争わない本訴当事者に対する訴の利益の問題でないと思われるからである。⁹⁾

8) 問題は二つある。本訴当事者の一方と参加人の間に争いがなくても何故独立当事者参加の適用が必要なのかという点と、その場合、実質的な三面的対立関係がないのに、何故三面的紛争を一挙抜本的に解決するため設けられた独立当事者参加の適用を認めることが出来るかという点である。そして、後者の点は、従来の三面訴訟説の捉え方では説明出来ず（注(10)参照。）私見の捉え方によってはじめて説明がつく。（注(14)参照）

9) その必要性が、何故争わない本訴当事者に対する参加人の訴の利益の問題に還元出来るのか私には理解出来ない。両者の間に争いが無い以上、参加人は争わない当事者に対して訴をもって解決するだけのいわゆる訴の利益はなく、本文のように解してこそ、事実に即したものであると思う。

(b)、「丙の所有物につき所有権を前提とする訴訟が甲乙間に係属しているという事態は、丙の所有権が平穏な状態に置かれていないという事態であるから、丙の所有権確認を丙が甲乙に対して求める利益を生じさせるといってよい（60条）。」（小山・判例タイムズ 216号74ページ。参照）

この根拠づけも、前説と同じく問題でないか。というわけは、参加人の権利が平穏な状態に置かれてないから、本訴両当事者に対して、訴の利益があるといっても、それが、何故二当事者対立訴訟の原理の中に用意されている紛争解決手段（例えば、主参加訴訟）に拠らず、独立当事者参加に拠らねばならぬのかにつき説明がないのは（a）の場合と同じく問題だし、¹⁰⁾ 仮に、その点を別にしても、その利益とは、独立当事者参加を利用する必要性を意味し、参加人の本訴両当事者に対する利益の問題でないと思われるからである。¹¹⁾

10) 前掲 (a) における注 (8) の後者の疑問と同じ内容である。即ち、従来の三面訴訟説の立場では、三面对立紛争を一挙抜本的に解決する機能をもった制度として捉えるので、この場合何故71条が適用出来るのかの説明がなければならぬ。(新堂・法 協85巻9号75ページも同旨か。)

11) 小山説は、(a) 説と異なり、本訴両当事者に対する訴の利益という理論構成をとっておられるが、そういう理論構成の方法をとっても、なお参加人の各当事者間に対する訴の利益ということを前提とする限り (小山・前掲書同ページ)、擬制をとまなわざるを得ないと思う。

(c) 「原・被告双方を相手方とする当事者参加訴訟において、相手方の一方が請求を「認諾」し、請求の原因を認めても、他方の相手方が争うかぎり、民訴法62条の準用により、他方の相手方と同じようにこれを争ったものと解される……。

それゆえ、いかに相手方の一方が参加人の請求およびその原因について答弁をせず、または「認諾」「自白」をしても、他方の相手方が争っているかぎり、全部争ったものと解され、参加人の確認の請求については、当然、相手方双方に対し確認の利益を有するものと解するほかない……。」
(以上奈良法曹時報17)
(巻12号149ページ。)

しかし、右にいう争うということの意味が問題で、その意味は、恐らく本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わなくても、もう一方の当事者がこれを争うかぎり、そういった「認諾」や「自白」はそのまま認められるものでなく、なお三者により紛争を一律に解決する必要があるということであると思う。(この点について、兼子編・判) もし、そうだとすると、これは、文字通り争うという意味でないといわざるを得ない。とすれば、両者の間で争いある場合と同じ意味で訴の利益があるのでなく、つまり、(a) の場合と同じ意味で (つまり、両者の間に争いがなくとも、三者間で合一確定する必要があること自体によって訴の利益ありと構成する) 使われているに過ぎないと思う。

(d)、「争わない当事者に対しても、後日この当事者が争うことのないように、本訴両当事者と参加人の三者間で合一確定の判決を得ておく必要がある。」(斎藤編著・前掲書)
(400ページ参照。)

この根拠づけは、前の三説に比べて、参加人の争わない当事者に対する訴の利益を実質的に基礎づけようとされる点は、問題ないといえるが、その基礎づけ自体が弱いのでないか。即ち、後日の争いなきよう確認する利益を肯定するためには、将来の給付における訴の利益の問題（民訴法226条）とパラレルに考えなければならないと思うが、もし、そうだとすれば、現在争いなければその利益は現在予想されないもので、確認の利益はないことになる。（同旨新堂・前掲書75ページ）あるいは、以下のような反論が予想されるかも知れない。成程、二当事者対立を前提とする通常の訴訟では、このような場合、裁判所の労力や相手方の応訴をわずらわして裁判するだけの確認の利益はないといえる。しかし、独立当事者参加の適用が問題になる場合には、本訴両当事者間の訴訟と参加人と争っている本訴当事者との間の訴訟は審理しなければならないのだから、裁判所の労力や相手方の応訴のわずらわしさを配慮する必要はなく、その意味で通常の訴訟と同一に考える必要はないと。しかし、この利益は副次的なものでないか。というわけは、本訴両当事者間の訴訟と争っている本訴当事者と参加人間の訴訟が審理しなければならないからというのは、とりもなおさず、これらの訴訟の審理の利益を第一義的に考えているからである。そして、副次的な利益のある点については、私も決して否定するものではない。

次に後者73条の場合についてはどうか。

(e), 「然らざる場合（筆者注—参加人と前主の間に譲渡の効力について争いのない場合を指す。）にも、参加人と譲渡人たる前主の訴訟上の請求に矛盾がある以上、事件は、三者間に合一に確定さるべきで、第71条前段第二の場合について述べたと同様に（筆者注—前掲(a)説を指す。）参加の訴としては、やはり本訴両当事者を相手方とするものでなければならない。」（中野・前掲書121ページ）この場合、問題は、右にいう「参加人と譲渡人たる前主の訴訟上の請求に矛盾がある」といわれることを、三者間で現実の対立関係ある場合と同じ意味で合一確定の必要があると評価してよいかという点である。というのは、参加人と前主の間で権利が譲渡されれば、前主は訴訟にとどまっている利益も必要もないから、訴

訟から脱退するのが通常であろう。それなのに、前主が脱退しないのは何故かを問う必要があると思うからである。これには紛争の実態によって、種々の理由が考えられると思う。しかし、両者の間に譲渡について争いがない以上、少なくとも、前主が参加人の請求を争うために訴訟にとどまっているものではないと思う。（脱退には、相手方の同意を必要とするが、この同意を得られなかったり、あるいは、前主には他に併合請求があつたりして、訴訟にとどまっているのが、通例ではないか。）もし、そうだとすると、この場合も、三者間に現実の対立関係ある場合と同じ意味では、合一確定の必要性は基礎づけられず、(a)の場合と同じ意味で使われているに過ぎないと思う。¹²⁾

- 12) この意味で、鈴木調査官が「両請求の矛盾のない解決のためには、三者が訴訟当事者としてある限り（つまり甲が脱退しない限り）、三者全員の訴訟追行を相互に牽制させることを至当」（以上法曹時報20巻1号165ページ）とされるのは、それが現実の牽制を意味するのなら擬制的である点で賛成出来ない。

このように考えてくると、参加人の争わない本訴当事者に対する訴の利益の問題として、いずれもその基礎づけを欠くか、または、基礎づけがあっても、弱いことがわかる。

参加人と争わない本訴当事者の間に争いのない事実を卒直に認める限り、その間に訴の利益を基礎づけようとするのは無理な話で、それでも基礎づけようとするのは、余りに、対立関係というものに囚われていることだと思う。（このようにしてまでも、参加人の本訴当事者に対する訴の利益を基礎づけようとするのは、独立当事者参加を三面的対立関係ある紛争を一挙抜本に解決する制度として捉える前提があるからであると思う。）

現実には三者間で対立関係ある場合も含めて、そもそも、三者間にそれぞれ訴の利益がなければならぬとする前提自体が、実は問題がありはしないか。三面訴訟説の立場からすれば、理論的には首尾一貫してはいないと思われるからである。というわけは、三者間にそれぞれ訴の利益を問題とするのは、その間にも個々の紛争を認めることとなつて（個々に請求（＝訴訟上の紛争単位）を認め、訴の利益を問題とするのであれば、同一訴訟に三つの紛争（ないしは請求）が同時に審判されることと結局同じこととなつてしまい、三個訴訟併合説と大差ないことになる。）、三面的対立関係を一個の紛争として捉えたことと相容れないもの

と思われるからである。¹³⁾

- 13) 一個の紛争として捉えるなら、個々の請求は訴訟上の単位としての請求として位置づけられるのではなく、その紛争を成り立たせている構成要素の一つとして位置づけられるべきではないか。

では、これらの難点をどう解決したらよいのだろうか。

そのためには、従来の三面訴訟説の欠陥がどこにあったかを考えてみる必要があると思う。その欠陥は、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合にも何故独立当事者参加の適用が必要且つ可能であるかを充分検討することなく、その適用を認めた点にある。(前掲注(8)参照。)

では、何故必要なのだろうか。それは、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合でも、独立当事者参加(民訴法71条)を適用する以外に紛争の有効適切な解決方法がない点にあると思う。¹⁴⁾

- 14) この点は、判例を素材にして後に論証したい。(18ページ参照。)何故適用出来るかといえば、71条の独立当事者参加を二当事者対立訴訟という枠組みを外して各訴訟間の訴訟資料を総合的に判断して一挙抜本的に紛争を解決するというこの制度に固有を紛争解決原理をもったものとして捉えるからこそ、かような場合でも適用出来るのである。

もし、そうだとすれば、この場合、争わない本訴当事者と参加人との間で判決を下す必要はなく、争っている者同志の間で統一的な判決を下すだけで足りるだろうか。

この点について、私は次のように考える。即ち、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、なおその間に判決を下す必要があり、その利益を直接受けるのは争っているもう一方の本訴当事者であり、その副次的な利益を受けるのは参加人であると。

というわけは、「真実には参加人の請求が認められない場合」を考えてみると、それでもなお争わない本訴当事者と参加人との間では参加人の請求が認められるのだとすると、争っている本訴当事者にとって、かようなこ

とは、判決の内容と事実上抵触することになる。この判決抵触を触けるためには、その間に参加人の請求が認められないことを判決をもって確定し、しておく必要ありといえるからである。¹⁵⁾

15) このことは、前掲注(6)で述べたこの制度が認められる第二の根拠と照応する。

そして、この場合右の者の間で判決を下すことを認めるのは、つまり所、その間に「請求」あることを認めることに帰着するのではないかとの疑問も生じるが、この点も先述のように個々の請求を、紛争を成立せしめている一構成要素とすれば問題ないと考える。当事者の申立有無に拘わらず判決を下すことが出来るのは民訴法186条にも拘わらず、民訴71条の制度の存立の基礎から演繹出来るのである。

かくて、事実に即して、訴の利益を基礎づけるとすれば、制度利用の必要性、つまり、この独立当事者参加を利用する以外に紛争を一挙に矛盾なく解決する手段がない点に、訴の利益を基礎づければよいのでないか。三面的対立関係が現実にある場合はもちろんのこと、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、ともに独立当事者参加の適用が必要であるが、何故必要であるかといえ、かような場合、ともに二当事者対立訴訟という枠組みでは、一挙に矛盾なく紛争の解決が出来ないため、二当事者対立訴訟という枠組みを外して、各訴訟間の訴訟資料を総合的に判断して紛争を解決出来るようにしたのであるから、この訴訟上の機能をもった独立当事者参加の制度利用の必要性という点に訴の利益を基礎づけることが出来ると思う。

かように解することによって、無理な基礎づけをすることなく、実質的に訴の利益を捉えることが出来、また、三面訴訟説が一個の紛争として捉えたこととも、調和出来ると思う。

(2). 紛争解決規律について

—— 実 際 上 の 実 益 ——

従来の諸説は、現実には三面的対立関係がある場合はもちろんのこと、本

訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合も、一律に三面的対立関係を想定し、そこから、(a)、62条準用の根拠を「三当事者間牽制関係から二当事者間で他の一当事者を除外して解決することができないこと」に求めたり、¹⁶⁾ (b)、参加人は常に原被告双方を相手方としなければならぬとしたり、¹⁷⁾ (c)、上訴しない当事者の上訴審における地位を被上訴人としたり、¹⁸⁾ (d)、争いのない当事者が訴訟代理人として弁護士を選んでいるときは参加人は同じ弁護士を選任することが出来なくなる¹⁹⁾ などの帰結を導く。

16) 兼子条解186ページ。

17) 最判昭42・9・27判決の立場において、典型的にあらわれている。——この点については、後で紹介する——。

18) この点については、既に述べた。しかし、これも具体例として後で判例を紹介する。

19) この点について、例えば、「当事者と、参加人との間には、法律上の対抗関係があるから、弁護士法25条1号に違反するおそれがある……」(鈴木・前掲書同ページ)とされる。

しかし、これらの帰結は、実質的な結果の妥当性から考えれば、疑問である。

このように考える立場とは別に次のように考える立場もある。「その(筆者注—三面訴) 本来的構造が三面的対立であるといっても、具体的な訴訟の形態において常に必ず三面の請求が対立し合っておらなければならぬか否かはまた別であって……」(以上兼子編・前掲書314ページによる。)と。

しかし、何故かようにいえるのか、私には理解出来ない。²⁰⁾

20) この点について、奈良調査官は次のように論じられている。「『原則として』このようにあるべきである。……ということから、『例外的』に他のようにすることは許される……ということとはなんらむじゅんしない。訴訟構造の把握・理解は、民訴法71条の構造という理論的なものであって、『原則』『例外』という考え方に親しまないとの反論が予想されるかも知れない。

しかし、この把握・理解も、条文による抽象的な解決もさることながら、現

実に民訴法71条の参加として行なわれている訴訟形態に、いかなる利・不利、当・不当かを検討したうえ、いわば事実にもとづいてさるべきであって、問題はこのような現実の訴訟形態をどう把握理解するかということになるのではなかろうか。」(奈良・前掲書同ページ。)と。

私も、現実に民訴法71条の参加として行なわれている事実に基づいて解釈さるべきであることについては異論ない。しかし、だからといって、原則とは別に例外があってよいのだろうか。その理由とされる点が、条文の抽象的解釈(原則)を貫くと現実の適用場面に不都合が生じるから、現実に適合した解釈(例外)を認めてよいとされることにあるのだとしたら、問題は、むしろ、そういった具体的事例に適用出来ぬ原則の捉え方そのものにあるのではないか。

かような説明からすれば、本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合には、原則として(奈良氏は理念形態としてとも表)三面的対立関係を想定しつつ、現実の態様としてその一種の変形を認めることになるが(奈良・前掲書)22ページ、問題であると思う。²¹⁾

- 21) 奈良調査官は、未だその具体論を展開しておられないので、批判としてあるいは当を得ていないかも知れないが、一応抽象的には本文のようにいい得ると思う。

然るに、私見のように独立当事者参加の制度をこの制度に固有な紛争解決原理において捉えたとすれば、次のように解することが出来ると思う。即ち、各訴訟間の訴訟資料を総合的統一的に判断するため、独立当事者参加を適用するのであるが、民訴法71条が62条を準用するのは、そのための確保手段に過ぎないのである。²²⁾ただ、三者間にそれぞれ現実の対立関係ある場合と本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合とは紛争態様が(従って、適用対象も)異なるから、総合的統一的判断(判断確保といった方がより正確か。)のために必要な訴訟上の規制原理はその現われ方において異なってくるといえる。前者の場合では、三者間にそれぞれ対立関係があるので、総合的統一的判断のために、三者間に対抗牽制原理(具体的には、従来の三面訴訟までの帰結)が必要であるし、後者の場合では、参加人と本訴当事者の一方との間で争いがなく、しかも、この両者に協力関係があれば、総合的統一的判

断のために、必要的共同訴訟の場合と同じ（現象的には）協同規制原理が必要であると解することになる。²³⁾

22), 23) 62条準用の根拠につき、五十部助教授は、矛盾した判決を許さないための確保手段と解され、準用の意味については、連合関係として62条第1項が準用されるか、牽制関係として第2項が準用されるのか、説明の差異にすぎないとされている。(五十部・前掲書161ページ。)

そして、この協同規制原理は、具体的に従来の (b) から (d) に当たるものがあるが、三者のいずれの間で争いのないかを具体的な紛争のなかでみきわめ妥当な結果を得るべきであって、抽象的な原理は決め得ない。

後者の場合について（つまり、右の協同規制原理で、(b), (c)に対応する問題をいう。）、近時のこれらの問題に関する最高裁判所の判決を素材としながら、更に具体的に検討してみよう。

(一)、民訴法第71条にもとづく参加の申出はつねに原被告双方を相手方としなければならぬとしたものに—最判昭42・9・27判決—がある（この判決について、私は、判旨反対の評釈をしたものであるが（法研41巻12号99ページ以下）、この問題を再度訴の利益という観点を中心にしつつ、とり上げてみたい。注（17）の問題に関する具体例としてもとりあげるものである。）

最判昭42・9・27判決（最高裁民集21巻7号1925ページ。）

〔事実〕 X（原告・被控訴人・被上告人）は、Y（被告・控訴人・上告人）に対し所有権にもとづく建物明渡及び不法行為による賃料相当額の賠償金の支払いを求めた。その理由とするところは、訴外甲会社と訴外乙会社との間で締結された捺染加工契約にもとづく乙会社の債務を担保するため乙会社の代表取締役Z（はじめ被助参加人のちに参加人・上告人）が乙会社とともに連帯保証人となり、甲会社との間でZの所有していた本件建物につき抵当権設定契約を結んだ。甲会社は乙会社の債務超過を理由に抵当権を実行し、Xはその競売によって競落人となり、本件建物の所有権を取得した。然るに、Yは何等の権限なく不法に本件建物を占拠しているので、右請求に及んだとするもの。これに対して、Yは乙会社の債務超過を争って、抵当権設定契

約の不存在を主張し、本件建物の所有者はZであり、YはZの承諾を得て占有するものとした。又、仮に抵当権が存在し、それにもとづく本件競売が有効だとしても、本件建物の斜線部は抵当権の目的物でないので、その部分について抵当権の効力は及ばず、Xの所有権はないと主張した。Zは、本件建物の斜線部が自己の所有であることの確認を求めてXのみを相手どって独立当事者参加の申立をした。その理由として、右建物の斜線部は独立の効用価値を有するもので抵当権の目的物の範囲外のものであるから、右建物の原所有者から譲り受けた所有権は依然Zにあるとした。この主張に対して、Xは斜線部の所有権がZにあることを否認した。

このような事実を前提として、最高裁判所は、Zの上告適否を職権で調査するとして、

「民訴法71条の参加の制度は、同一の権利関係について、原被告および参加人の三者が互いに相争う紛争を一の訴訟手続によって、一挙に矛盾なく解決しようとする訴訟手続であって、右三者を互いにてい立、牽制しあう関係に置き、一の判決により訴訟の目的を全員につき合一にのみ確定することを目的とするものと解するを相当とする。したがって、同条に基づく参加の申立は、常に原被告双方を相手方としなければならず、当事者一方のみを相手方とすることは許されないと解すべきである。」と判示して、第一審でZがXのみを相手方としてなした参加の申出を、通常の共同訴訟として理解し、Yのみ控訴し、Zが控訴しなかったので、原審が参加請求に関する部分について判決しなかったのは相当であるとして、Zの上告を却下した。

〔評釈〕この事案は、同一の権利関係（具体的にいえば、本件建物の斜線部の所有権は、XのものかZのものかという争い）をめぐって三者が訴訟に関与し、YZ間ではZに所有権があることに争いが無い（むしろ、協力関係）ことが特徴的な点である。かような事案に一番有効適切な解決方法は、やはり独立当事者参加（民訴法71条）の適用を認めることであると思う。というわけは、新堂教授も認められるよう

に「本件の紛争関係をみると、Zの請求がXのYに対する請求と両立しないものであるから矛盾した裁判を避けるという意味で併合審判が望ましいことはいうまでもないが、それだけでなく、本件のZとYとは実質上協力関係に立っている場合であって、Zを抜きにしたXY間の訴訟は事実上Zの権利を危くするおそれがあるとともに、Zを抜きにしたYの防禦の免れない場合で……このようなZとYのために、権利救済を十分に保障してやる」(新堂・前掲書76ページ。)ためには、独立当事者参加を認めるのが一番有効適切な解決方法と考えるからである。²⁴⁾

- 24) それにもかかわらず、新堂教授はこの適用を認められない。その代り、この権利救済手段を十分に保障する方法として、ZY間相互に補助参加関係を認めることを内容とする併合審判を求める申立権をZに与えることを提唱されている。(新堂・前掲書76・77ページ。)Zが訴訟のはじめから補助参加している本件のような場合には問題ないといえるが、例えば、Zが訴訟の後半に参加の申立をしたような場合には、果たして、権利救済手段として十分な保障を確保出来るだろうか。参加人は補助参加人として訴訟行為上の制約(民訴法69条1項・2項)を受けざるを得ず、参加の目的を十分に達することは出来ないと思う。

本件のような場合、何故独立当事者参加の適用を認められないのだろうか。それは、独立当事者参加の制度を「参加人と当事者のどちらの間にも争いがあり、三人が三つどもえになって争っている場合には……統一的な判断を下して一挙に紛争の全面的解決を与える……」(新堂・前掲書75ページ)ものとして捉えられるからに他ならない。

しかし、私見のように独立当事者参加の制度を捉えたとすれば、このように解する必要はなく、本件のような場合にも、独立当事者参加の適用を認めることが出来ると思う。

かくて、YX間に争いのないことを認めても、独立当事者参加の制度を利用する必要性が認められ、その点に参加人の訴の利益が基礎づけられると思う。²⁵⁾

- 25) この事案について、先に私は、当事者双方を相手どらねばならぬ訴訟上の現実的要請があるかどうかという面から考察して、判旨に反対したのであるが

(前掲書101, 2ページ。), そこでは, なお, 参加人の争わない本訴当事者に対する訴の利益という捉え方に囚われていた(前掲書100ページ), 今, ここにその考え方を修正することになる。

そして, このような場合の独立当事者参加制度におけるYの当事者としての役割を端的に捉えたとすれば, YはZと協力してZの主張する真実を裏づける訴訟資料を提供せんとするものであって(その意味で62条1項の準用として働く), 判旨のいうように決して三者が相争い, 牽制しあう関係にあるものでない。このことから, Zは, この場合, Yを相手どる必要のないこと明瞭であると思う。²⁶⁾

- 26) この意味で, XY間の訴訟に71条によって参加するとの趣旨が訴状全体からみて窺えさえすれば, ZがX, Y両者を相手どっているかどうかに関係なく同条の適用を認めてよい。

では, かように本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合でも, 独立当事者参加の適用を認める必要があるとして, そのことは三者間に判決を下す必要はないのだろうか。結論的にいえば, この場合も, なお三者に判決を下す必要があると解する。というわけは, 今, 「仮に真実にはZの請求が認められない場合」を考えてみると, XY間ではXの請求が認められX勝訴の判決を得ているのに, YZ間ではなおZに所有権ありとすることが認められるのだとすると, Xにとって, かようなことは判決の内容と事実上抵触することになる。だから, この判決抵触を避けるためには, YZ間にZの所有権がないことを判決をもって確定しておく必要があるといえる。²⁷⁾

- 27) その結果, 副次的効果としてZの請求が認められる場合も, YZ間に判決を下し, それをもって後日その間に紛争がむしかえされることを防止することが出来ることになる。

かように解することが出来るとすれば, ZがXのみを相手方として独立当事者参加(民訴法71条)の申立をしても, 同条の適用を認めることが出来, Z

が控訴しなくても、Yが控訴していれば、Zも控訴審の当事者となり、且つ、最終的には、三者間に同一の権利関係について矛盾のない判決を下さなければならぬことになる。

(二) 第一審被告が参加人を相手方として申立てた場合における第一審原告の地位について判決したものに一最判昭36・3・16判決がある。

(前掲注(18)の問題に関する具体例としてとりあげ)
(る。15ページについての評価も、ここで論じる。)

最判昭36・3・16 (最高裁民集15巻
3号524ページ)

〔事実〕 Y (被告・控訴人・上告人) は、X (原告・被控訴人・被上告人) の所有地の一部を占有しているので、XからYに対して所有権確認ならびに土地明渡の訴が提起された。第一審はX勝訴。控訴審係属中、右の土地はXから訴外Aに売渡され、更にそれがZに売渡され移転登記がされた。(Xは、被控訴人の主張として、また、Zは、参) そこで、Zは、この訴訟に民訴法71条・73条による当事者参加をして、Yに対して、Xと同旨の請求をした。Zは、Xの主張を援用したのに対し、YのZに対する答弁も、Xに対する答弁と同一だと述べた。控訴審は、原判決を取消して、Xの請求を棄却し、Zの請求を容認し、Yには第一審と同旨の判決を言渡した。Yは、Zだけを上告状に表示して上告。(Xは、上) 上告理由は、原判決の理由不備、理由齟齬を理由とするものであったが、最高裁判所は、これを容れず、他に「本件は、民訴法73条71条により同法62条が準用される場合であるから、上告人の相手方Zに対する上告の申立は原審被控訴人Xのためにも効力を生じ(62条2項)、同人は被上告人たる地位を取得したものと解すべきである。」として、上告を棄却した。

〔評釈〕 右の事案では、XのYに対する請求とZのYに対する請求とは、形の上では相容れない関係にあり、XZ間では両者間の承継関係の有無に関し判決されることになる。(問題は、後にも述べるように、これが何の) ところが、XZ間には争いがない(Zの所有権取得の経過につき両者に共通の

認識があると評してよい。)。そして、両者の間には積極的な協力関係がないとはいえ、ZがXの主張を援用し、YがZに対する答弁としてXに対するものと同じであると述べている点に端的にあらわれているように、紛争の要となっているのは、Xが有効に所有権を取得していたかどうかにある。(この問題を先決問題として現在Y、Zいずれに所有権があるかが問題となっている。) この場合、Zとしては、Yに対して別訴を提起することも可能であるが、XY間の訴訟に直接関与するのが得策である。²⁸⁾

28) というわけは、ZがXの主張を援用してXがそれまで展開してきた有利な地位を利用出来るからである。その意味で、Zからの一方的なものではあるが、Xの訴訟資料の利用関係を認めてよい。(62条1項)

この点に、Zの独立当事者参加の制度利用の必要性がある。かくて、XZ間に争いなきことを率直に認めても、Zの独立当事者参加の制度利用の必要性が認められ、そこにZの訴の利益が基礎づけられると思う。では、この場合、XZ間に両者間の承継関係の有無に関し判決が下されるのは、何んのためであろうか。それは、両者の間に対立関係があるためでなく、直接にはYがそのことに利益を有するからである。というわけは、今、「仮に真実にはZの請求が認められない場合」を考えてみると、XY間ではX敗訴の判決が下され、Xに所有権がないことが不可抗力をもつのに、XZ間ではなおXに所有権があることを前提にしてZに所有権ありとすることが認められるのだとすると、Yにとって、かようなことは判決内容と事実上抵触することになる。²⁹⁾

29) Yは、自己に所有権があることを確定されたわけでないが、少なくとも事後Xに所有権がないと主張出来ることに利益をもつ。

そこで、この判決抵触を避けるためには、XZ間でZに所有権なきことを判決をもって確定しておく必要があるといえる。(その結果、副次的効果)は、注(27)と同じ。) このように考えることが出来るとすれば、ZがYのみを相手方として独立当事者参加の申立をすることも、また、YがZだけを上告状に表示して上

告することも差支えなく（争わぬ当事者も上訴審の当事者となる）と解することが出来るからである。），その意味で判旨の取扱いには賛成する。

五． 結 語

以上、二つの判例を素材にして、理論的検証を試みたものであるが、一口に本訴当事者の一方が参加人の請求を認めて争わない場合といっても、その態様は紛争の実態に応じて色々のものが考えられるから、個々の紛争の実態に即して妥当な紛争解決規律を決めていかねばならぬと思う。従来の三面訴訟説は、その意味で（つまり紛争の実態を度外視して抽象的に紛争解決規律を求めていた点で一同旨五十部・前掲書158ページ）反省さるべきであり、本稿は、その点を是正すべく、敢えて三面訴訟説の修正理論を試みたものである。

(1969・7・10)